

## **An Examination of Idealism and Realism<sup>1</sup>**

**From the series of papers on conflict and disagreement in Islamic jurisprudence**

**Authored by Noel James Coulson, translated by Esmaeil Nematollahi & Mohammad Emamipour.**

**Sayyid Sadiq Sayyid Hosseini Tashi**

**Researcher and author of Level 4 (PhD) of Islamic Seminary.**

**seyedsadegh1348@gmail.com**

### **Abstract**

Noel. James Coulson, the famous Orientalist, is the author of the paper "Idealism and Realism in Islamic Jurisprudence". In this paper, he tries to prove that Islamic jurisprudence has a completely ideal nature but over the consecutive centuries, Islamic governments have gradually and inevitably taken a pragmatic and realist approach.

Coulson's views can be analyzed and examined in seven areas: 1. Pragmatism and realism in the conduct of jurists 2. Ages of idealism and pragmatism 3. Disagreement between idealism and social realities 4. Evidence of jurists' idealism in criminal claims. 5. Evidence of idealism in the system of religious courts 6. Disagreement between idealism and expediency 7. Disagreement between idealism and jurisprudential practice. In all of these areas, he has focused on idealism and an abstract view in confrontation with pragmatism, expediency, and realism in Islamic jurisprudence.

Our analysis of the resources and content of Islamic jurisprudence indicates that Coulson does not have a comprehensive understanding of Sharia and how it is accomplished.

### **Keywords**

Islamic jurisprudence, law, Islamic judgment, idealism, realism, Ijtihad Taqlid.



---

1. This paper has been prepared and authored in Islamic Sciences and Culture Academy.



فصلنامه علمی - پژوهشی  
سال بیست و ششم، شماره اول (پیاپی ۹۷)، بهار ۱۳۹۸

*Feqh*

A Quarterly Scientific-Research Journal  
Vol. 26, No. 1, Spring, 2019  
(صفحات ۵۵-۸۰)

## ملاحظات بر مقاله «آرمان‌گرایی و واقع‌نگری» از مجموعه مقالات تضاد و تعارض در فقه اسلامی

سیدصادق سیدحسینی تاشی\*

### چکیده

نوئل. جی. کولسن،<sup>۱</sup> شرق‌شناس معروف، نویسنده مقاله «آرمان‌گرایی و واقع‌نگری در فقه اسلامی» (کولسن، ۱۹۵۶: ص ۲۱۱) است. او در این مقاله می‌کوشد اثبات کند که فقه اسلامی ماهیتی کاملاً آمان‌گرا دارد، ولی در سده‌های پیاپی از سوی دولت‌های اسلامی به تدریج و به ناچار رویکردی عمل‌گرا و واقع‌نگر پیدا کرده است.

دیدگاه‌های کولسن را در هفت محور می‌توان تجزیه و تحلیل کرد: ۱. عمل‌گرایی و آرمان‌گرایی در سیره فقیهان؛ ۲. ادوار آرمان‌گرایی و عمل‌گرایی؛ ۳. تضاد آرمان‌گرایی با واقعیت‌های اجتماعی؛ ۴. شواهد آرمان‌گرایی فقیهان در دعاوی کیفری؛ ۵. شواهد آرمان‌گرایی در نظام محاکم شرعی؛ ۶. تضاد آرمان‌گرایی با مصلحت‌گرایی؛ ۷. تضاد آرمان‌گرایی با عمل‌فقهی. در همه این محورها آرمان‌گرایی و نگاه انتزاعی در تقابل با عمل‌گرایی، مصلحت‌اندیشی و واقع‌نگری در فقه اسلامی مورد توجه او است. بررسی و تحلیل ما براساس منابع و محتوای فقه اسلامی، نشان می‌دهد کولسن درک درست و جامعی از شریعت و مراتب تحقق آن ندارد.

### کلیدواژه‌ها

فقه، قانون، قضاوت اسلامی، آرمان‌گرایی، واقع‌نگری، اجتهاد، تقلید.

۵۵



پیشرفت دانش بشری حتی در حوزه علوم انسانی و به ویژه حقوق را نمی توان انکار کرد. این پیشرفت چنان تحولات شگرفی را در پی داشته که باعث توجه دین پژوهان و دین شناسان معاصر به ارائه تعریفی نو برای جایگاه دین و شریعت در نظام حقوقی شده است. این تجدیدنظر گاه باعث شده است برخی به توجیه تحولات حوزه فقه و تفکر فقهی فقیهان اسلامی بپردازند که همساز با تحولات حقوقی ایجاد شده است. این افراد ماهیت ثابت احکام شرعی و شریعت را به دیده تردید می نگرند و می کوشند ثابت کنند فقه اسلامی نیز مانند علوم انسانی (به طور عام) و علم حقوق (به طور خاص) از فرایند تحولات معرفتی بشر در امان نمانده و دستخوش تکامل اندیشه بشری است.

به یقین، چنین نگرشی بیش از آنکه در صدد برآورده کردن نیازهای جدید بشری از شریعت باشد، باعث ناکارآمد جلوه دادن آن و در نهایت، تار کردن ساحت قدسی و الهی و پررنگ کردن ساحت بشری و عقلانی آن می گردد؛ آن هم نه به شکل عقلانیت ناظر به الهیات، بلکه به عنوان عقلانیت گریزان از تعبد و تاله. از این رو، در نقد مقاله «آرمان گرایی و واقع نگری» می کوشیم با بررسی و نقد دیدگاه این دسته از دین شناسان، دریچه ای به سوی آشنایی با منطق فقهی پویایی احکام شریعت و کارآمد بودن آن در عرصه جامعه و زندگی بشر بکشاییم.

نظریه و عمل یا همان آرمان گرایی و واقع نگری در فقه اسلامی از جمله موضوعات کاوش شده کولسن بوده است. دیدگاه های این شرق شناس را در هفت محور می توان مطالعه و بررسی و تحلیل کرد: در محور نخست، عین عبارت او آورده شده است و در سایر محورها دیدگاه وی با زبانی روشن بازگو شده است. پس از نقل دیدگاه او، به نقد و تحلیلش پرداخته شده و لغزش های اساسی او نشان داده شده است. در این میان، از منابع متعددی سود جسته ایم تا زوایای فقه اسلامی را آن گونه که هست بشناسیم، نه آن گونه که کولسن برای خویش تصویر کرده است.



## ۱. محور نخست: عمل‌گرایی و آرمان‌گرایی در سیره فقیهان

کولسن در مقاله «آرمان‌گرایی و واقع‌نگری» خود با تمرکز بر حوزه امور قضایی و آئین دادرسی در فقه اسلامی آورده است:

انتصاب به سمت قضاوت آرزوی نهایی فقهای سنتی نبوده است. آثار فقهی سرشار از اظهاراتی است که تنفر فقهای قرون وسطی را از قضاوت حکایت می‌کنند. یکی از علمای مصر - که وقتی از او خواستند قاضی شود، پنهان شد - اظهار می‌دارد: «خدایا آیا در روز قیامت به‌عنوان قاضی محشور شوم؟ هرگز! اگرچه با قیچی تکه‌تکه‌ام کنند». عالمی دیگر جمله‌ای منسوب به پیامبر ﷺ را نقل می‌کند: «کسی که به قضاوت گمارده شود، گلوی خود را بدون کارد بریده است». (این حکایت‌ها بیانگر رویکرد آرمان‌گرایی بی‌طرفانه‌ای است که به تدریج بر فقه اسلامی حاکم شده بود).<sup>۱</sup>

### بررسی و نقد

نمونه‌هایی که درباره قضاوت‌گریزی فقیهان در طول تاریخ اسلام وجود دارد، تنها بیانگر احتیاطات عملی ایشان در عمل به احکام شریعت است. این وسواس گاه تا بدان‌جا پیش می‌رفت که آنان از ورود به مسائل اجتماعی واهمه داشتند و در انزوا، به امور علمی و نظریه‌پردازی همت می‌گماشتند. این روحیه احتیاط‌گرا نه تنها در حوزه امر قضاوت نمودار می‌شد، بلکه حتی رفتارهایی مانند انجام معاملات مالی با مردم را نیز دربر می‌گرفت (ر.ک: نراقی، ۱۴۱۵ق، ج ۱۷: ص ۷-۹؛ خوئی، ۱۴۱۵ق: ص ۶۷-۶۸؛ انصاری (محمدعلی)، ۱۳۸۹، ج ۱: ص ۲۹۹)؛ آنان حتی در این مسائل نیز به شدت خود را محدود به ضروریات می‌کردند. چنین روحیه‌ای در عصر حاضر پس از تشکیل حکومت اسلامی بین فقیهان شیعه نیز رواج دارد. از این رو نمی‌تواند گویای انتزاعی یا واقع‌نگر بودن تفکر فقهی باشد؛

۱. برای دیدن مآخذ این حکایت و حکایاتی مشابه، رجوع کنید به مقاله نویسنده:

"Doctrine and Practice in Islamic law" Bulletin of the School of Oriental and African Studies (University of London) 18 (1956), pt. 2, pp. 211, 212.





اگرچه نمی‌توان انکار کرد که چنین رویه‌ای همیشه مانعی بر سر درک درست برخی فقیهان از حقایق اجتماعی ایجاد کرده و باعث انتقادات فزاینده ایشان از دایره تعلق اراده حکومتی به احکام شرعی شده است.

## ۲. محور دوم: تقسیم فقه به ادوار انتزاعی و عمل‌گرا

کولسن ادوار تفکر فقهی را به دو دوره کاملاً عمل‌گرا و انتزاعی تقسیم می‌کند. به‌باور او، در خلال نخستین روزهای دوره تکوّن فقه، نظر و عمل ارتباط متقابل تنگاتنگی داشتند: فقه از درون تصمیمات قضایی عملی پیامبر ﷺ، جانشینان سیاسی او (مانند عمر و قضاوت وی در قضیه مشهور «مسئله حماریه») و قضات اولیه نشئت می‌گرفت. نخستین عالمان مذاهب فقهی اغلب دیدگاهی عمل‌گرایانه داشتند. مثلاً نظریات مالک بن انس، آن‌گونه که در اثر مشهور به «موطأ» (نخستین رساله مکتوب در فقه اسلامی) آمده است، به‌شدت بر شناسایی «عمل فقهی اهل مدینه» تکیه دارد.

کولسن در ادامه می‌گوید:

اما با بحثی فقهی که در اواخر قرن هشتم آغاز شد و سرانجام موجب پیدایش نظریه منابع فقه گردید، مفهوم شریعت به‌عنوان نظام جامعی از اوامر الهی که از قبل مقرر شده است، پدیدار شد؛ نظامی حقوقی که وجودی مستقل از جامعه دارد، از دل جامعه بیرون نیامده، بلکه از بالا بر او تحمیل شده است. و تصور می‌شد که کشف این حقوق ناب و وظیفه‌ای است که در انزوا بهتر انجام می‌شود تا در میدان عمل. از آن پس، فقه اسلام اساساً دانشی درون‌نگر گردید که به تدوین حقوق شرعی محض در خلأ مشغول شد.

## بررسی و نقد

توجه نویسنده به روش اجتهادی مالک نمی‌تواند مؤیدی برای ادعای او (واقع‌نگری فقیهان متقدم) باشد، زیرا توجه مالک به عمل و سیره فقیهان اهل مدینه به‌اعتبار توجه به عناصر خارجی و اجتماعی برای فهم شریعت و درک احکام آن نبوده است؛ بلکه دلیلی

کاشف از تلقی ایشان از وحی و مفاد ادله آرمانی شرعی بوده است. از نظر مالک، این دلیل همچون سایر دلایل آرمانی دارای حجیت است؛ البته فعلاً جای قبول یا رد دیدگاه اجتهادی او نیست. مالک نه تنها طرفدار تأثیر واقعیت‌های خارجی در شکل‌گیری احکام شریعت یا فهم از آن نبود، بلکه به شدت خود را متعبد به الفاظ و ظاهر ادله می‌دانست و هرگونه توجیهات و تحلیل‌های اجتهادی درباره آنها را نمی‌پذیرفت. مالک خود در رأس اهل حدیث بود و توجه وی به آرای فقهی و سیره فقیهان اهل مدینه نه به لحاظ عمل‌گرایی بلکه به لحاظ آشنایی بیشتر آنان با سنت نبوی ﷺ بود. برخی متفکران معاصر در این باره می‌گویند که اهل حدیث، به پیروی از مالک بن انس، تمسک به سنت نبوی ﷺ و روی گردانی از رأی و اجتهاد را سرلوحه کار خود قرار داده بودند، زیرا حجاز گاهواره سنت و محل اقامت صحابه بود و فقیهان حجاز از دیگران به سنت آشناتر بودند؛ افزون بر اینکه مردم این دیار هنوز به صورت ساده و نزدیک به بدایت زندگی می‌کردند و در فتاوی خود از نصوص شرعی و اجماع فقیهان استمداد می‌جستند؛ در حالی که در عراق، مردم در مدینیت فرو رفته و با دشواری‌های فراوان و نمودهای تازه اجتماعی روبرو بودند (ر.ک: محمصانی، بی‌تا: ص ۳۰).

بنابراین روش فقهی برخی فقیهان متقدم مانند مالک - که نویسنده به آن اشاره می‌کند - نه تنها تأییدی بر واقع‌نگری فقیهان متقدم و تحول تدریجی فقه اسلامی در اعصار بعدی به سوی آرمان‌گرایی نیست، بلکه در بررسی شیوه اجتهادی وی، صرف‌نظر از درستی یا انحراف آن، می‌توان دلایلی برخلاف ادعای نویسنده به دست آورد (جهت توضیحات بیشتر، ر.ک: مناع القطان، ۱۴۲۲ق: ص ۳۵۲؛ عبدالعظیم شرف‌الدین، ۱۹۹۵م: ص ۱۴۸-۱۶۶؛ بدران ابوالعینین، ۱۴۳۵ق: ص ۱۳۳؛ جناتی، ۱۳۸۹: ص ۱۶۷-۱۷۷).

اگرچه شکل‌گیری کتب و جوامع فقهی از سده دوم به بعد بوده است، ولی این به معنای نبود احکام شرعی در گذشته، به شکلی که در آن جوامع گردآوری شده‌اند، نیست. شریعت اسلام با احکام شرعی جامعی وجود داشته و تنها گردآوری و نظم‌دهی به این احکام در جوامع فقهی صورت گرفته است. بنابراین، پیدایش مجموعه‌ها و کتب فقهی در قرون متأخر دلالتی به پیدایش نظام فقهی‌ای با روش‌های انتزاعی و آرمانی





توسط فقیهان واپسین نیست؛ فقط نشانگر سامان‌دهی این احکام در این مجموعه‌ها است (جهت توضیحات بیشتر، ر.ک: بدران ابوالعینین بدران، ۱۴۳۵ق: ص ۸۵؛ جناتی، ۱۳۸۹: ص ۱۰۵-۱۶۳؛ عبدالعظیم شرف‌الدین، ۱۹۹۵م: ص ۱۸۴).

دوگانه‌انگاری کولسن درباره جوامع فقهی در یک مغالطه ریشه دارد، زیرا در این تحلیل، نویسنده هیچ تفاوتی بین نظام فقهی به معنای انتظام احکام شرعی در کتب و جوامع فقهی با نظام فقهی به معنای حقوقی و سیستم و ساختار حکومتی نگذارده است. وی رویکردهای اجتهادی ناظر به وحی را - که برای کشف اراده تشریحی ایجاد شده‌اند - در تقابل با رویکردهای تحلیلی ناظر به واقع برای درک مصالح جمعی و تبیین اراده حکومتی دیده است؛ در حالی که رویکرد نخست رویکردی فقهی و برای فهم شریعت است و رویکرد دوم رویکردی کاربردی برای نظم جامعه و انتظام سیستم حکومتی.

تأکید فقیهان برخی مذاهب اسلامی بر اعضای ادله اثبات جرائم حدی بر اقرار و بینة یا باور برخی دیگر به دلالت امور دیگری مانند تولد فرزند از زنی که همسرش با وی خلوت نکرده در اثبات حد زنا، همگی مبانی فقهی و علمی محض دارد؛ یعنی استناد همه این فقیهان به ادله چهارگانه در فقه است و واقعیت‌های اجتماعی نقشی در این راستا ایفاد نمی‌کند. با همین قیاس، بین مذاهب مختلف و بلکه فقیهان یک مذهب خاص درباره تعریف قتل عمد و معنای لوث و میزان اعتبار آن اختلافات زیادی واقع شده است؛ در حالی که هیچ‌یک از این دیدگاه‌های فقهی ارتباطی با دلایل اجتماعی و حقایق خارجی ملموس برای پیروان آنها ندارد (درباره اثبات یا عدم اثبات حد زنا بر زنی که همسرش با وی خلوت نکرده است، ر.ک: ابن فهد حلی، ۱۴۱۰ق: ص ۳۰۲؛ شیخ طوسی، بی‌تا: ص ۵۲۲؛ ابن‌ادریس، ۱۴۱۰ق: ص ۳۳۱؛ احسائی، ۱۴۰۳ق، ج ۳: ص ۴۱۶؛ ابن فهد حلی، ۱۴۰۷ق، ج ۴: ص ۱۸؛ درباره مفهوم لوث و تعریف اماراتی که موجب لوث می‌شود، از جهت ظنی یا قطعی بودن، ر.ک: شیخ طوسی، ۱۴۰۷ق، ج ۵: ص ۳۰۳؛ همو، ۱۳۸۷ق، ج ۷: ص ۲۱۴؛ محقق حلی، ۱۴۰۹ق، ج ۴: صص ۹۹۱ و ۹۹۵ و ۹۹۷؛ گلیاگانی، ۱۴۰۱ق، ج ۱: ص ۴۹۰).

### ۳. محور سوم: تضاد آرمان حقوقی و واقعیت اجتماعی در فقه اسلامی

کولسن معتقد است آرمان‌گرایی فقیهان قرون وسطا بین نظریه فقهی و عمل فقهی

شکاف انداخت و نمایانگر تضاد علمی بین آرمان حقوقی و واقعیت اجتماعی شد؛ همچنین، تقسیم واضحی بین نقش فقیه و نقض قضای ایجاد کرد. وی می‌گوید که نظریه فقهی برای اجرای شریعت تنها یک نهاد یعنی دادگاه دارای قضای واحد را به رسمیت می‌شناسد و به هیچ وجه اثری از نظام آئین دادرسی حقوقی معاصر در آن به چشم نمی‌خورد؛ در حالی که عملاً در تمامی کشورهای اسلامی اصول آئین دادرسی معاصر پذیرفته شده است و به آن عمل می‌شود.

### بررسی و نقد

باید گفت که فقه اسلامی بازتابی از اراده و خواست شریعت است. شریعت نظام سیاسی یا دادرسی و غیره ارائه نمی‌دهد، بلکه حدود و مرزهای لازم‌الرعایه در این حوزه‌ها را تعریف می‌کند. علم حقوق یا قانون با توجه به واقعیت‌های اجتماعی و اجرایی در هر جامعه، چارچوب‌ها و اسکلت نظام‌های حقوقی را شکل داده و تعیین می‌کند و سپس به حدود شرعی در درون این چارچوب‌های نظام‌مند، جنبه کاربردی می‌دهد. از این رو، هرگز بین آرمان‌ها و ایدئال‌های شرعی با واقعیت‌های اجتماعی تضادی پدیدار نمی‌شود؛ بلکه این نظام‌های تقنینی و حقوقی هستند که ارتباط مستقیمی با نیازهای جامعه داشته و جنبه کاربردی دارند و باید مرتباً متحول و روزآمد شوند. بدیهی است که قرارداد آرمان‌های شرعی در درون نظام‌های حقوقی به رعایت ضوابطی نیاز دارد که نادیده گرفتن آنها وجود نوعی تضاد بین علم حقوق و فقه شریعت را به ذهن می‌آورد. به بیان دیگر، اجتهاد زنده در مکتب امامیه توانسته است در هر زمان حکم شرعی و قایعی را که در طول زمان پدید می‌آید به دست آورد و ارائه دهد. فقه امامیه از این لحاظ مصون از خلاء و عدم واقع‌نگری است. با وجود این، باید توجه کرد که جایگاه واقعیت‌های اجتماعی در فقه فقط از سنخ ایجاد موضوع یا تحول موضوع است و حکم شرعی آن از منابع فقه استخراج می‌شود ولی جایگاه واقعیت‌های اجتماعی در قانون (در مقابل حکم شرعی) می‌تواند بیشتر از این باشد و قانون‌گذار این واقعیت‌ها را می‌تواند در قانون خود لحاظ کند؛ البته این کار او باید ضابطه‌مند باشد.







#### ۴. محور چهارم: استدلال بر آرمان‌گرایی فقیهان براساس فتوای آنان در دعاوی کیفری

کولسن معتقد است در فقه اسلامی هیچ اعتباری برای قرآنی مانند تولد طفل از دختری که هرگز ازدواج نکرده است یا اماراتی مانند شنیدن صدای نزع از داخل منزل و خروج متهم با کارد خونی و سپس مشاهدهٔ پیکر مقتول در منزل، در جهت اثبات جرائمی مانند زنا و قتل وجود ندارد. به‌باور او، شاکلی در چنین مصداق‌هایی مکلف به معرفی چند شاهد عادل است و در موارد لوث در قتل، مکلف به ادای سوگند است. در نگاه این شرق‌شناس، اختیارات قاضی برای کشف حقیقت در نظام دادرسی در فقه اسلامی تعمداً محدود شده است. کولسن می‌گوید که در نظام دادرسی و ادلهٔ اثبات در فقه اسلامی، قاضی نباید از امارات نتیجه بگیرد و نباید ادلهٔ یکی از طرفین را با ادلهٔ دیگری مقایسه و بر مبنای سنجش احتمالات حکم صادر کند. او نتیجه می‌گیرد که این امور همگی بیانگر آرمان‌گرایی فقیهان مسلمان است.

#### بررسی و نقد

**نخست:** تعیین مجازات حدّی برای زنا در شریعت به صورت مطلق نیست. این مجازات در عین تحریم مطلق زنا، تنها برای موارد خاصی وضع شده است. در تمام این موارد نیز مجازات تعیین شده شکل واحدی ندارد، بلکه با لحاظ شرایط و ویژگی‌های فاعل و مفعول و فعل ارتكابی متغیر است؛ چنان‌که در موارد احسان، رجم و موارد غیر احسان شلاق است و یا در موارد عنف، اعدام در انتظار مجرم است. از این‌رو، توجه نظریات فقهی به محدودیت در اعمال مجازات برای زنا ناشی از آرمان‌گرایی فقیهان در دلایل اثباتی نیست، بلکه فقیهان مسلمان در عین توجه به حقایق عرفی و اجتماعی، باز هم جریان حدود را از نظر شریعت، محدود به شرایط اثباتی خاصی می‌دانند؛ افزون بر اینکه صرف تولد نوزاد از دختری که هرگز ازدواج نکرده است هیچ‌گونه علم و اطمینانی به ارتکاب زنا از سوی وی حاصل نمی‌کند؛ به‌ویژه در زمان‌های گذشته که سرویس‌های بهداشتی عمومی بوده‌اند (حضور مردها و زنها در ساعاتی متفاوت از شبانه‌روز در

حمام‌ها، امکان آلودگی زنان را به اسپرم‌های شسته‌شده از بدن مردان در پی داشت).

از این‌رو، بی‌توجهی فقیهان مسلمان به چنین قرائنی برای اثبات زنا از باب مطروود بودن قرائن و امارات در نظریات فقهی نیست؛ بلکه ناشی از علم‌آور نبودن قرائنی چون تولد نوزاد است. این امور فقط اماراتی هستند که نه زنا را اثبات می‌کنند و نه با وجود آنها می‌توان اتهام زنا را مرتفع دانست و ادعای زنا علیه فرد دارنده آن اماره را قذف نامید (ابن نجیم مصری، ۱۴۱۸ق، ج ۵: ص ۶۳؛ صاحب جواهر، ۱۳۶۵، ج ۴۱: ص ۳۶۳). در قضاوت‌های امیرمؤمنان علی علیه السلام نیز صرف بکارت مانعی برای اثبات زنا در حق دختری می‌شد که شهودی علیه او شهادت به زنا داده بودند (ر.ک: کلینی، ۱۳۶۷، ج ۷: ص ۴۰۴-۴۰۵؛ شیخ مفید، ۱۴۱۴ق: صص ۱۱۰ و ۱۱۲؛ فاضل هندی، ۱۴۱۶ق، ج ۲: ص ۴۰۶؛ صاحب جواهر، ۱۳۶۵، ج ۴۱: ص ۳۶۲-۳۶۳؛ خوانساری، ۱۴۰۵ق، ج ۷: ص ۵۵).

دوم: اگر قرائنی که هنگام وقوع حادثه و پس از آن جمع‌آوری می‌شود، برای قاضی علم‌آور باشد، علم قاضی حجت است؛ حتی در جرم قتل، مشهور فقیهان مسلمان مخالفتی با صدور حکم قضایی به استناد علم خود ندارند. با وجود این، لوث در جایی ثابت می‌شود که قرائن موجود نوعاً علم‌آور نباشند و صرفاً برای قاضی، ظن به ارتکاب قتل از سوی مظنون را فراهم آورند. در این صورت، در شریعت اسلام، سوگند اولیای دم به‌ضمیمه قرائن ظنی برای اثبات قتل، کافی دانسته شده است. این حکم از گذشته تا به حال در نظریات فقهی به‌همین نحو منعکس بوده است و تنها برخی معاصران علم‌آور بودن قرائن را برای تحقق لوث شرط دانسته‌اند. بنابراین نمی‌توان از رویکرد فقهی به موضوع لوث، شواهدی برای بی‌توجهی فقیهان به امارات و قرائن به‌دست آورد و آن را دلیلی بر ذهن‌گرایی ایشان و نادیده گرفتن حقایق اجتماعی از سوی آنان دانست (درباره اعتبار علم قاضی، ر.ک: محقق حلی، ۱۴۰۹ق، ج ۴: ص ۸۶۶؛ سید مرتضی، ۱۴۱۵ق: ص ۴۸۷؛ شیخ طوسی، ۱۴۰۷ق، ج ۶: ص ۲۴۲؛ همو، ۱۳۸۷، ج ۸: ص ۱۲۱؛ ابن‌ادریس، ۱۴۱۰ق، ج ۲: ص ۱۷۹؛ فاضل‌آبی، ۱۴۰۸ق، ج ۲: ص ۴۹۶؛ علامه حلی، ۱۴۱۳ق، ج ۳: ص ۴۳۰؛ شهید ثانی، ۱۴۱۳ق، ج ۸: ص ۴۳۹؛ انصاری (مرتضی)، ۱۴۱۵ق: ص ۹۴؛ آشتیانی، ۱۴۰۴ق: ص ۵۰؛ خوانساری، ۱۴۰۵ق، ج ۶: ص ۱۳؛ روحانی، ۱۴۱۲ق، ج ۲۵: ص ۷۸). افزون بر این، برخلاف ادعای نویسنده، در برخی قوانین کشورهای اسلامی اعتبار علم قاضی در برخی موارد رد





شده است مانند قانون مدنی عراق. در ماده ۸۳ این قانون آمده است: «لایجوز للحاکم الحکم بعلمه الشخصی المتحصل خارج المحکمة» (ر.ک: حائری، ۱۴۱۵ق: ص ۱۹۳).

سوم: تفکیک نشدن بین دعاوی مدنی و کیفری در احکام شرعی به اندازه وضوح و صراحتی نیست که در قوانین کشورهای معاصر وجود دارد، اما این امر بدان معنا نیست که شریعت برای کشف جرم و نجات بزه دیده هیچ گونه حکمی ندارد و وظیفه ای بر عهده قاضی قرار نداده است. به نظر می رسد تحول در شیوه های دادرسی باعث تحول در فهم فقیهان از احکام شریعت در امور قضایی نشده است، بلکه ابزارهای اعمال اختیارات قضایی قضات را توسعه داده است. این امر بیشتر با تحول موضوع سازگار است نه تحول حکم؛ به علاوه، در فقه اسلامی، دلایل قضایی منحصر در بینه و علم نیستند و شامل علم قاضی نیز می شوند؛ حتی علم قاضی از مهم ترین دلایل اثبات جرم در فقه جزایی اسلام است (ر.ک: محقق حلی، ۱۴۰۹ق، ج ۴: ص ۸۶۶؛ همو، ۱۴۱۰ق: ص ۲۷۲؛ گلپایگانی، ۱۴۰۱ق، ج ۱: ص ۱۵۵؛ حائری، ۱۴۱۵ق: ص ۲۲۳؛ در فقه اهل سنت نیز ر.ک: نووی، بی تا «ب»، ج ۱۲: ص ۱۵۰؛ همو، بی تا، ج ۵: ص ۳۵۲؛ همان، ج ۸: ص ۱۴۱؛ شربینی، ۱۳۷۷ق، ج ۴: ص ۳۹۸). تمامی روش های امروزی فقط شیوه های عملی دستیابی به علم و کشف جرم اند. این شیوه ها در هر زمان با پیشرفت علوم متحول می شوند و تحول در آنها هرگز به معنای تحول در حکم شرع نیست؛ بلکه حکم شرع دربرگیرنده اعتبار تمامی روش هایی است که منتهی به علم قاضی و کشف جرم می شوند.

چهارم: کولسن مدعی است که سخت گیری فقیهان مسلمان در ادله اثبات دعاوی، به ویژه درباره اثبات زنا با چهار شاهد عینی مسلمان عادل، دلالت بر آرمان گرایی فقیهان دارد زیرا بار اثباتی غیرواقع بینانه ای را بر عهده شاکی می گذارد. این ادعا پذیرفتنی نیست زیرا اصل برائت (یا همان بی گناه دانستن همه افراد مگر آنکه کسی طبق دلیل یقین آور و محکمه پسندی با رأی مراجع صالح قضایی مجرم شناخته شود) از اصول مترقی حقوقی در نظام های حقوقی معاصر است. این اصل نه تنها تضعیف نشده است، بلکه توجه بیشتر بشر به حقوق شهروندی باعث تقویت آن گشته است.

## ۵. محور پنجم: آرمان‌گرایی فقیهان در تحلیل نظام محاکم شرعی و اختیارات آن

کولسن معتقد است که اختیارات قاضی در نظام محکمه‌های شرعی در توقف دعوا و خودداری از صدور رأی در موارد عدم قاطعیت ادله مطروحه، ماهیت کاملاً آرمان‌گرایانه‌ای به این محاکم داده است؛ به گونه‌ای که در جوامع اسلامی از اوایل قرون وسطا صلاحیت‌های قضایی فراشرعی‌ای برای غیر از محکمه شرع پدید آمد: «محتسب» به عنوان بازرسی بازار در امور تجاری؛ «صاحب‌الشرطه» یا «رئیس پلیس» به عنوان مأمور قضایی در امور کیفری ویژه یا جزئی؛ مهم‌تر از همه، «صاحب‌المظالم» یا «رئیس شکایات». در تمامی این موارد، مأموران حکومت مکلف به حل دعاوی به مؤثرترین وجه بودند و محدودیت‌های آئین دادرسی شرعی را نداشتند. کولسن با توجه به همین عقیده‌اش، آغاز دوگانگی صلاحیت شرعی و صلاحیت عرفی در نظام قضایی جوامع اسلامی و فاصله گرفتن آنها از دیدگاه‌های آرمان‌گرایانه فقیهان اسلامی را نتیجه می‌گیرد.

### بررسی و نقد

نخست: فصل خصومت و پایان دادن به منازعه طرفین بر قاضی شرع واجب است. آنچه نویسنده درباره خودداری قاضی از حکم کردن و توقف دعوا در احکام شرعی مطرح کرده است، هرگز مربوط به ماهیت قضای شرعی و حکم شریعت در چنین مواردی نیست؛ بلکه صرفاً حکم شرع در مواردی است که حق شاکی خصوصی در کار بوده باشد و در عین حال، دلایل متعارض بر اثبات یا نفی آن در حق وی وجود داشته باشد. در چنین مواردی، براساس حکم شریعت، قاضی باید از محکومیت متهم به ارتکاب جرم و اجرای تعزیر یا حد خودداری بکند، اما این امر نباید به گونه‌ای باشد که مانع طرح دعوای جدید از سوی مدعی خصوصی براساس دلایل جدید و یقین آور برای احقاق حق خود باشد. از این حالت به «توقف قاضی از صدور حکم» یاد می‌کنند. این امر لزوماً در مسائل کیفری هر دو اثر تبرئه فعلی متهم و حق طرح دعوای آینده شاکی را و در مسائل مدنی هر دو اثر ردّ دعوی و حق طرح دادخواست مجدد در صورت کشف دلیل جدید را در پی دارد. اجرای چنین حالتی در شرایط حقوقی معاصر با تشریفات





ویژه و عناوین خاصی انجام می‌شود که دارای همان ماهیت و همان آثار و با ظاهری متفاوت است؛ البته در موارد مخالفت قاضی با دیدگاه کلی قانونی حکومت به دلیل اختلاف مبانی فقهی، او حق تقاضای ارجاع پرونده به فرد دیگری را دارد. این امر به معنای خودداری از صدور حکم نیست، بلکه مراعات دو اصل احترام به استنباطات فقهی شخصی و اصل یکسان‌سازی عدالت و نظم اجتماعی است که در نقدهای بعدی بدان‌ها پرداخته می‌شود (درباره بحث توقف حاکم و ماهیت آن در فقه، ر.ک: فخرالمحققین، ۱۳۸۷، ج ۴: ص ۳۱۸؛ طباطبایی یزدی، ۱۳۸۶، ج ۲: ص ۷۳؛ آشتیانی، ۱۴۰۴: صص ۶۶، ۷۰، ۱۱۰، ۳۸۵ و ۴۰۱؛ گلپایگانی، ۱۴۰۱، ج ۱: صص ۲۷۸ و ۱۹۷؛ حر عاملی، ۱۴۱۴ق، ج ۱۳: ص ۴۶؛ همان، ج ۲۷: ص ۱۵۴).

دوم: تخصصی کردن محاکم در حکومت اسلامی به معنای تفکیک محاکم شرعی از محکمه‌های عرفی نیست. این امر در راستای دقت نظر بیشتر در عمل به شرع مقدس اسلام و تطبیق دقیق‌تر احکام اسلام با موضوعات خارجی است. بدین ترتیب، قضات با دقت نظر بیشتری در جنبه موضوع‌شناسی به نتیجه دست می‌یابند، زیرا از یک سو احتیاطات عملی بسیاری از فقیهان و از سوی دیگر، در گیرنبودن ایشان با واقعیت‌های اجتماعی، سستی و انحراف زیادی در عرصه موضوع‌شناسی در پی خواهد داشت. این کمبودها می‌تواند برای حاکمیت متشرع‌انگیزه‌ای کافی ایجاد کند تا محاکم تخصصی تشکیل دهد و افرادی کاملاً آگاه به احکام فقهی را در حوزه‌های خاص به کار بگیرد. بدین ترتیب، دادرسی‌ها سرعت می‌گیرند و برای حل مشکلات مردم کاربردی‌تر می‌شوند. البته، محدود بودن اطلاعات فقهی این عده در عرصه‌های مختلف و نیز محدودیت در صلاحیت قضایی ایشان، همه براساس عناوین و احکام ثانوی شرعی به دلیل ضرورت‌های جامعه قابل توجیه است.

سوم: عزل و نصب قضات یا تشکیل نهادهای امنیتی و نظارتی در حکومت اسلامی از سوی حاکم و والی مسلمانان به دلیل انگیزه‌های شخصی یا شریعت‌گریزی نیست. براساس مبانی ولایت فقیه در فقه شیعه، با به دست گرفتن قدرت توسط یک فقیه، دیگر فقیهان باید از وی تبعیت کنند. فقیهان نمی‌توانند بدون اجازه و نصب والی و حاکم اسلامی و به‌طور مستقل از او، اقدام به صدور حکم و قضاوت در بین مردم نمایند. از

طرفی قاضی منصوب نیز باید از قوانین و مقرراتی تبعیت کند که حکومت آنها را مقرر کرده است؛ به گونه‌ای که هیچ قاضی منصوبی نمی‌تواند برخلاف احکام مصوب حکومتی و با استناد به دیدگاه‌های اجتهادی شخصی خود یا مرجع تقلیدش، قضاوت نماید. بدیهی است که وحدت قانون در موضوع واحد، مستلزم گزینش یک دیدگاه فقهی در صورت تعدد دیدگاه‌ها در آن موضوع است و گزینش آن دیدگاه و تبعیت از آن تابع معیارهای خاصی است که بحث از آنها موقوف به محل خود است. بنابراین هرگاه قاضی منصوب دارای دیدگاه فقهی‌ای مغایر با قانون بود یا باید از قانون تبعیت کند یا از قضاوت کردن خودداری کند. همچنین، در صورت گستردگی و فراگیر شدن این تغایر، او باید از سمت قضا کناره‌گیری کند و نصب وی برای قضا لغو خواهد بود. پس عزل وی نه به دلیل شریعت‌گریزی بلکه به دلیل پایبندی به شریعت و اختیارات شرعی حاکم اسلامی جامع‌الشرایط در وضع قوانین براساس یک دیدگاه فقهی واحد است (ر.ک: معاونت آموزش قوه قضائیه، ۱۳۸۵: کد سؤال ۴۱۹۰: استفتا از آیت‌الله خامنه‌ای؛ همان، کد سؤال ۱۲۱ و ۲۵۲۳ و ۸۱۰۷ و ۵۹۸۴؛ نیز ر.ک: امام خمینی، ۱۳۸۱، ج ۳: ص ۶۹، سؤال ۲۲؛ آقای خامنه‌ای می‌گوید: قاضی منصوب باید مطابق مقررات نصب عمل کند و نمی‌تواند طبق علم شخصی خود حکم کند مگر در صورت مطابقت با مقررات نصب؛ ر.ک: معاونت آموزش قوه قضائیه، ۱۳۸۵: کد سؤال ۴۱۴۹ و ۴۱۹۵).

## ۶. محور ششم: تضاد آرمان‌گرایی فقه اسلامی با مصلحت‌گرایی حکومت اسلامی

کولسن از نظریه «سیاست شرعیه» به عنوان «حکومت براساس مفاهیم شریعت» یاد می‌کند. او با اشاره به این نظریه می‌گوید از قرن یازدهم به بعد آرمان‌گرایی فقیهان اسلامی در برابر ضرورت عملی و واقع‌نگری با پذیرش نظریه سیاست شرعیه و قاعده عام فرمانبرداری مدنی، تسلیم می‌شود. کولسن آورده است که در این دوره نویسندگان حقوق اسلامی می‌گویند: «درحالی که تعالیم شریعت متضمن نظم آرمانی امور از نظر اسلام است، وظیفه اصلی حاکم حفظ مصلحت می‌باشد». وی از همین جا نتیجه می‌گیرد که با توجه به نظریه سیاست شرعیه، اعتبار اشکال و گونه‌های مختلف محاکم و مراجع قضایی براساس نظم عمومی به رسمیت شناخته می‌شود و حتی فرمان‌برداری از حاکمی





هم که واجد شرایط حکومت نیست لازم شمرده می‌شود.

کولسن معتقد است که مصلحت‌گرایی و حفظ نظم عمومی نه تنها آرمان‌گرایی در حوزه صلاحیت محاکم و مشروعیت حاکمان را به عقب راند، بلکه در حوزه حقوق مدنی و کیفری افراد نیز دخالت کرد: بسیاری از دیدگاه‌های آرمانی فقه اسلامی در حوزه تجارت و اقتصاد و نیز مجازات جرائمی مانند زنا و سرقت را متحول کرد و تغییرات عمده‌ای در احکام شرعی براساس واقعیات اجتماعی ایجاد کرد. بدین ترتیب، صحت قرارداد خامسه با مستأجر زمین کشاورزی با وجود غرری و ربوی بودن معامله پذیرفته شد و مجازات‌هایی مانند رجم یا قطع دست سارق تغییر کرد. به‌طور کلی، در زمینه حقوق تجارت، حقوق مدنی عام و حقوق جزا، شریعت کنار گذاشته شد. کولسن معتقد است شریعت (به‌ویژه در حوزه جرائم علیه اشخاص با عنایت به جایگاه اراده اولیای دم یا مجنی علیه در تعقیب جرائم و نیز جایگاه عاقله در ادای دیه) بازتاب مفهوم قبیله‌ای عدالت خصوصی بود و در این دوران دیگر کارایی نداشت و قوانین کیفری جدیدی در بیشتر کشورهای خاورمیانه انتشار یافتند.

### بررسی و نقد

نخست: آنچه در مذاهب فقهی اهل سنت مطرح شده است، وجوب تبعیت از سلطان ستمگر و حرمت قیام علیه اوست نه وجوب تظلم‌خواهی نزد قاضی فاسق و وجوب پیروی از حکم او؛ البته اگر مخالفت با حکم قضایی به درگیری و قیام در برابر سلطان بینجامد، چنین موردی از مصادیق حکم نخست است. از این رو، حکم مذکور ارتباطی به رویه قضایی ندارد. افزون بر این، حکم وجوب تبعیت از سلطان جائر یکی از احکام فقهی موجود در مذاهب اهل سنت از ابتدای پیدایش تاکنون است و تغییر چندانی نیافته است. مستند همه ایشان نیز برخی احادیث نبوی ﷺ است که درستی آنها در فقه شیعه به سبب ضعف شخصیت راویان پذیرفته نشده است. همچنین، واقعیات اجتماعی تأثیری در این موضع‌گیری فقیهان اهل سنت نداشته است؛ همچنان که در فقه شیعه نیز عدم مشروعیت تبعیت از سلطان جائر و همکاری با او و تظلم‌خواهی نزد قضات منصوب

وی، از گذشته تا به حال به عنوان حکم اولی شرعی مورد اتفاق نظر بوده است (دربارۀ دیدگاه فقهی شیعه، ر.ک: سید مرتضی، ۱۴۰۵ق، ج ۲: ص ۹۴؛ ابن براج، ۱۴۰۶ق، ج ۱: ص ۳۴۳-۳۴۷؛ ابن ادریس، ۱۴۱۰ق، ج ۲: ص ۲۰۲؛ نراقی، ۱۴۱۵ق، ج ۱۴: ص ۱۹۸؛ خمینی (سیدمصطفی)، ۱۳۷۶، ج ۱: ص ۴۸۶؛ همو، ۱۴۱۸ق: ص ۷۵؛ خامنه‌ای، ۱۴۱۵ق، ج ۲: ص ۹۸؛ و در خصوص دیدگاه فقهی اهل سنت، ر.ک: الخمیس، ۱۴۱۹ق، ج ۱: ص ۱۳۱؛ همو، ۱۴۰۴ق، ج ۱: ص ۱۳۱؛ اشعری، بی تا: ج ۱: ص ۴۶۴؛ ملاخسرو، ۱۴۳۲ق، ج ۸: ص ۳۷۰. وی می گوید: «يجوز تَقْلُدُهُ مِنَ الْجَائِزِ إِذَا امْكَنَهُ مِنَ الْقَضَاءِ بِحَقِّ»؛ نووی، بی تا «الف»، ج ۷: ص ۲۰؛ ابن عابدین، ۱۴۱۵ق، ج ۵: ص ۵۶۷؛ شوکانی، ۱۹۷۳م، ج ۷: ص ۳۶۱).

دوم: به نظر می رسد به رسمیت شناختن عقد مزارعه با تعیین سهم یک پنجم از محصول برای مالک زمین، پذیرش نوعی ضرورت یا مصلحت نبوده است؛ بلکه دیدگاه فقهی منتخب و فهمی درست از شریعت بوده است، زیرا قرارداد مذکور اجاره نیست بلکه مزارعه است و مشروعیت مزارعه نزد اکثر فقیهان مذاهب اسلامی پذیرفته شده است.

پس نکته نخست آن است که پذیرش این دیدگاه در قانون گذاری حکومت نه تنها نادیده گرفتن شریعت نیست، بلکه نادیده گرفتن دیدگاه اقلیت فقیهان است. نکته دوم نیز آن است که مخالفت اقلیت با مشروعیت عقد موصوف به نحو مذکور، براساس استناد به حدیثی نبوی ﷺ بوده است که درستی نقل آن را سایر فقیهان تأیید نکرده اند. نکته سوم آن است که غرری بودن معامله با توجه به متعارف بودن و متوقع بودن میزان برداشت محصول نزد عرف و مشخص بودن سهام، مردود است و هرگز مستند قول به بطلان نیست. نکته چهارم آن است که با فرض نادیده گرفتن نظریه اکثریت و پذیرش دخالت هويت غرری بودن معامله در بطلان آن، روی گردانی قضات مزبور از حکم به بطلان به دلیل روی گردانی از شریعت براساس ضرورت های اجتماعی نبود بلکه به دلیل تأثیر واقعیات اجتماعی و پیشرفت علوم در تفسیر نوین از منابع فقه است، زیرا در راستای ضرورت های جامعه و حقایق متعارف اجتماعی و نیز کشفیات جدید علمی (حتی در شاخه های کشاورزی و هواشناسی که امکان پیش بینی متعارف و عقلایی میزان محصول برداشتی را فراهم آورده است)، عقد خامسه به تدریج از دایره عقود غرری خارج می گردد (شیخ طوسی می نویسد: «المزارعة بالثلث والرابع والنصف او اقل او اکثر بعد ان یکون بينهما مشاعاً







جائزه و به قال... ابن ابی لیلی و ابویوسف و محمد و احمد و اسحاق و قال قوم انها لاتجوز... و به قال ابوحنیفه و مالک و الشافعی». ر.ک: شیخ طوسی، ۱۴۰۷ق، ج: ۳، ص: ۵۱).

گذشته از همه آنچه بیان شد، اساساً با ملاحظه دیدگاه‌های فقهی مذهب مالکی می‌توان دریافت که مخالفت با مزارعه نه به دلیل غرری بودن آن، بلکه به دلیل نهی نبوی ﷺ از بیع طعام به طعام است و از نظر مالک، مزارعه به چنین عقدی می‌انجامد (شوکانی، ۱۹۷۳م، ج: ۶، ص: ۱۰). به همین دلیل مالک، انجام مزارعه (که از جمله آن عقد خامسه خواهد بود) در صورتی که کرایه زمین با مالی غیر از محصول برداشتی از زمین تعیین و پرداخت گردد، جایز است. چنین فتوایی از مالک حتی با تعیین مقدار مال مذکور براساس تناسب با کسری از محصول نیز سازگار است. حتی عده‌ای فتوای مخالفان از جمله مالک را حمل بر موافقت با مزارعه به شکل رایج یعنی تعیین ثلث یا ربع یا کمتر یا بیشتر به عنوان کرایه زمین و مخالفت با تعیین محصول بخشی معین از زمین به عنوان کرایه کرده‌اند. اینان دلیل مخالفت مالک با چنین فرضی را همان غرر و جهالت دانسته‌اند (شوکانی، ۱۹۷۳م، ج: ۶، ص: ۱۱). بنابراین، می‌توان دریافت که مشروعیت عقد خامسه نه تنها مورد قبول بسیاری از فقیهان مسلمان است، بلکه حتی فقیهان مالکی و حتی شخص مالک نیز با آن به نحو مذکور مخالفتی ندارند.

سوم: نظر کولسن درباره استدلال به تحول مجازات‌ها بر شکاف بین آرمان‌گرایی با واقع‌نگری در جوامع اسلامی، پذیرفتنی نیست زیرا:

الف. مجازات‌ها از جمله احکامی‌اند که در شریعت دارای ارزش اصولی دائمی نیستند بلکه به عنوان روشی برای احیای ارزش‌ها و جلوگیری از انحرافات، جعل شده‌اند. از این رو، شریعت برای آنها قواعدی کلی در نظر گرفته است تا حکومت‌های اسلامی بتوانند در مقام تدوین قوانین خود ضمن بهره‌گیری از این روش‌ها، تغییرات لازم و متناسب با جوامع هر عصر را ایجاد کنند، بی‌آنکه هویت دینی و اسلامی خود را از دست بدهند. در مقابل، استفاده از قوانین شکلی در حوزه آئین دادرسی مدنی یا کیفری در کشورهای اروپایی صرفاً بهره‌مندی از نظام‌های حقوقی است نه تعیین حقوق و تکالیف.

به بیان دیگر، همان‌گونه که تعریف نظام سیاسی یا معاملات اقتصادی بر مبنای دستاوردهای جدید علمی و مطابق با ارزش‌های اسلامی میسر است، تعریف نظام دادرسی قضایی نیز امری خارج از حوزه شریعت است و در صورت تطبیق با ارزش‌های اسلامی، امری پسندیده و مطابق شریعت شمرده می‌شود (درباره تعطیل اجرای حدود در موارد وجود احتمال تضعیف دین، ر.ک: اردبیلی، ۱۴۱۶ق، ج ۱۳: ص ۸۰؛ صاحب جواهر، ۱۳۶۵، ج ۴۱: ص ۳۴۴؛ خوانساری، ۱۴۰۵ق، ج ۷: ص ۴۴؛ گلپایگانی، ۱۴۱۲ق، ج ۱: ص ۳۹۰).

ب. در فقه اهل سنت، اجرای حد به دو دلیل، سودمند شمرده می‌شود: انزجار مسلمانان از ارتکاب گناه و مضر نبودن آن در ایمان افراد. برخی علت عدم اجرای حد در سرزمین دشمن را همین امر اخیر دانسته‌اند (ابن‌نجیم مصری، ۱۴۱۸ق، ج ۵: ص ۳۹؛ الزبلی، ۱۴۱۵ق، ج ۴: ص ۱۴۴-۱۴۸؛ جهت توضیحات بیشتر، ر.ک: حسینی، ۱۳۸۹: ص ۲۱۲-۲۱۵).

البته، این همه گویای یک اصل کلی است: الگوگرفتن یا گزینش‌های موردی در برخی عرصه‌های حقوقی از حقوق غرب فقط به‌شکلی که بیان شد قابل توجیه است، اما گرت‌برداری کلی نظام‌های حقوقی غربی به‌هیچ‌وجه قابل توجیه نیست. به بیان دیگر، در عین اینکه می‌توان نحوه نظام‌سازی در حقوق را دریافت و نیز در برخی از موضوعاتی که شرع اسلام حکمی ندارد (مانند تشریفات دادرسی که در عصر حاضر مورد نظر قرار می‌گیرد) می‌توان از این موارد الگوبرداری کرد، ولی نباید عین مجموعه‌های قانونی غرب را بدون توجه به آنچه در فقه اسلامی به‌عنوان حدود الهی در حقوق و مراودات مردمی و اجتماعی مطرح است، به‌عنوان قوانین کشور اسلامی تصویب کرد.

چهارم: پذیرش نقش اراده اولیای دم و مجنی‌علیه در تعقیب جرائم علیه اشخاص به‌معنای نفی جایگاه اراده حکومت در این جرائم نیست. به بیان دیگر، تفکیک جنبه خصوصی از جنبه عمومی در جرائم و مجازات‌ها به‌صورت صریح در منابع حقوقی و قوانین نوین کشورهای معاصر پذیرفته شده و موجب ارائه دسته‌بندی‌های جدید حقوقی گشته است؛ اما این بدان معنا نیست که تمام احکام کیفری شرعی تک‌بُعدی باشند: یا فقط محل جبران حقوق خصوصی افراد متضرر از جرم باشند یا صرفاً حقی الهی و یا حق‌الله محض.





به طور کلی، تخلف از احکام شرعی در شریعت اسلامی دارای قابلیت جرم‌انگاری و مجازات از سوی حاکم اسلامی دانسته شده است. این قاعده فقط دو محدودیت دارد: نخست، تخلف مذکور باید دارای ابعاد اجتماعی و حکومتی باشد تا در حوزه اختیارات حاکم قرار گیرد و از امور خصوصی و شخصی افراد فراتر باشد؛ دوم، دو بار نمی‌توان کسی را به خاطر یک رفتار ناهنجار مجازات کرد. پس در موضوع قتل، که دارای ابعاد اجتماعی وسیعی است، حاکم در شرع حق مجازات دارد، ولی در صورت اجرای قصاص، که حقی خصوصی برای اولیای دم است، دیگر موضوع مجازات حکومتی منتفی می‌شود؛ با وجود این، با رضایت اولیای دم، این حق شرعی همچنان برای حکومت باقی است. در شریعت نیز کفاره ثابتی برای این گناه در فرض مذکور در نظر گرفته شده است (درباره کفاره قتل عمد یا خطا، ر.ک: شیخ مفید، ۱۴۱۰ق: ص ۳۶۴؛ شیخ طوسی، بی‌تا: ص ۷۵۲؛ شهید ثانی، ۱۳۹۸ق، ج ۱۰: ص ۳۱۸؛ همو، ۱۴۱۳ق، ج ۱۰: ص ۹؛ امام خمینی، ۱۳۹۰، ج ۱: ص ۳۰۰؛ همان، ج ۲: صص ۱۲۵ و ۶۰۶).

#### ۷. محور هفتم: تضاد آرمان‌گرایی نظریات فقهی با واقع‌نگری عمل فقهی

کولسن معتقد است که طرح آرمان‌گرایانه و انعطاف‌ناپذیر تعالیم سنتی در بسیاری از جنبه‌ها سست شده است. به همین سبب، در حال حاضر به دلیل تغییر اوضاع و احوال جوامع و اهمیت یافتن اسناد رسمی، محاکم شرع در کشورهای خاورمیانه از رسیدگی به دعاوی ناشی از ازدواج و طلاق که نمی‌توان آنها را با گواهی رسمی دفتر ثبت اثبات کرد، منع شده‌اند؛ همچنین سیاست شرعی محاکم شرع را از رسیدگی به مسائل نسب براساس امارات سنتی (به‌ویژه در فقه مالکی و حنفی) منع کرده‌اند. مثلاً در فقه اسلامی، اماره تولد فرزند حتی ۲ تا ۵ سال پس از فوت شوهر برای اثبات نسب شرعی فرزند به شوهر متوفی کافی بود. این در حالی است که در نظریات معتبر پزشکی دوره بارداری را حداکثر یک سال می‌دانند. در نتیجه، در بسیاری از کشورها از جمله مصر، محاکم شرع از رسیدگی به دعاوی مشروعیت طفل و اثبات منسب در فرضی که بیش از یک سال از خاتمه رابطه زوجیت می‌گذشت منع شده‌اند. بنابراین اگرچه اعتبار نظریات آرمان‌گرایانه و محتاطانه فقهی رد نشد، ولی عملاً حمایت قضایی از آنها برداشته شد.

کولسن از این توضیحات چنین نتیجه می‌گیرد که نظریات فقهی آرمان‌گرایانه، هم در مسائل ماهوی و هم شکلی، به‌ناچار مجبور بوده‌اند که عملاً در برابر نیازهای دولت و جامعه تسلیم شوند. از این‌رو، نظام آرمانی فقه اسلامی و سنتی صرفاً به‌عنوان کانون تفکر حقوقی باقی می‌ماند و صرفاً بخشی از نظام حقوقی عملی اسلام را تشکیل می‌دهد.

## بررسی و نقد

نخست: باید بین تغییر حکم و محدود کردن ضمانت‌اجرایی‌های حکومتی تفاوت قائل شد. برخی کشورهای اسلامی اقداماتی در زمینه رویه قضایی برای توسعه و تضییق کاربرد ضمانت‌اجرایی‌های حکومتی انجام می‌دهند تا رعایت احکام شرعی در جامعه تقویت شود. این اقدامات به‌معنای تغییر حکم شرعی و موسع یا مضیق کردن آنها نیست بلکه حکومت از سویی حکم شرعی را در همان قالبی پذیرفته که با اجتهاد و فهم فقهی به آن رسیده است و از سوی دیگر، با توجه به شرایط و وضعیت اجتماعی و حدود اختیارات خویش برای تعدی و تجاوز از آن حکم شرعی در برخی موارد، نوعی ضمانت‌اجرایی وضع می‌کند.

دوم: تأثیر دستاوردهای جدید علمی در شناخت درست از موضوعات احکام شرعی انکارناپذیر است. به‌یقین، اثبات نسبت شرعی بین نوزاد با شوهر متوفی براساس قاعده فراش تابع مدت‌زمان خاصی است؛ از این دوره با عنوان «دوره لقاح و حمل» یاد می‌شود. بدیهی است که تعیین زمان این دوره امری کارشناسی و موضوعی است که با فهم دقیق پزشکی قابل‌تحدید و تعیین است. در شریعت فقط به حکم شرعی اثبات نسب برای نوزاد طبق قاعده فراش اشاره شده است و تعیین مقطع زمانی ارتباطی با شرع ندارد. از این‌رو، تحول در آن نمی‌تواند تحول در حکم شرعی باشد؛ بلکه تحول در فهم فقیهان از موضوعات شرعی است. افزون بر این، ایجاد توسعه و تضییق در کاربرد ضمانت‌اجرایی‌های حکومتی به‌هیچ‌وجه به‌معنای تغییر حکم شرعی و توسعه و تضییق در آن نمی‌باشد. بر فرض که برخی از فقها اقل مدت حمل را هم از دلایل نقلی در شریعت استنباط کرده باشند؛ با توجه به اینکه چنین استظهاری صرفاً در مقام تفسیر ظاهر ادله در





قسمت شناخت موضوع است، با دستاوردهای جدید علمی متحول می‌شود: بی‌آنکه حکم شرعی تغییری پیدا کند.

با وجود این، در هر حال می‌توان گفت که همه این مباحث از فروعات قاعده فراش محسوب می‌شود. قاعده فراش قاعده‌ای تبعیدی است که در مقام شک جاری می‌شود. در صورت وجود یقین به انتساب یا عدم انتساب، جایی برای تطبیق قاعده مذکور باقی نمی‌ماند؛ حال، با هر تفسیری که از مدت حمل مواجه باشیم. از این‌رو، اگر دستاوردهای جدید علمی و پزشکی باعث حصول یقین به انتساب یا عدم انتساب شود، نمی‌توان تردید در اعتبار یقین حاصل شده از دیدگاه شرعی داشت و حکم شرع هیچ تفاوتی بین موارد قطعی بودن نسبت طبیعی، از لحاظ منشأ حصول قطع، نگذاشته است (درباره قاعده فراش، ر.ک: صاحب جواهر، ۱۳۶۵، ج ۳۱؛ همان، ج ۳۴؛ ص ۲۹؛ طباطبایی حکیم، ۱۳۹۱، ج ۱۴؛ ص ۱۳۵؛ خوانساری، ۱۴۰۵، ج ۴؛ ص ۴۴۸)؛ چنان که برخی می‌گویند: «قاعده الفراش قاعده ظاهریه مضروبه لحال الشک» (ر.ک: روحانی، ۱۳۸۴؛ ص ۱۴).

سوم: عرفی‌گرایی و غیردینی شدن قوانین حکومتی به معنای واقع‌گرایی نیست. پس هر جا تحولی براساس نیازهای اجتماعی مشاهده شود، نباید فوراً به نادیده گرفتن شرع تفسیر شود. آنچه که مسلم است ممنوع شدن بسیاری از رفتارهایی که شرعاً مباح‌اند، به‌عنوان قوانین مخالف حکم شرعی تشخیص داده نشده است مانند عبور و مرور در معابر عمومی. مثلاً طبق قوانین راهنمایی در شهرها برخی موارد مانند عبور از چراغ قرمز حتی در ساعات خلوتی هم ممنوع شده است یا عبور خلاف از خیابان یک‌طرفه در ساعات خلوت شرعاً حتی به حکم ثانوی هم حرام نیست. حتی سنت‌گرایان افراطی نیز این قوانین را نوعی عرفی‌گرایی قلمداد نکرده‌اند، ولی نبود معیارهای دقیق تعیین مرز سکولاریسم باعث می‌شود که ایشان هر قانون جدیدی را که نمی‌پسندند فوراً در قالب خلاف شرع بودن رد کنند و هرگاه شخصی بخواهد در این عرصه گام بردارد و معیار کلی روشنی ارائه دهد او را عرفی‌گرا و سکولار بخوانند (درباره رد نظریه منطقه الفراغ محمدباقر صدر یا نشریات مشابه به‌عنوان نظریات ترویج‌دهنده سکولاریسم، ر.ک: کمالی اردکانی، ۱۳۸۶؛ ص ۲۱؛ همچنین درباره عدم ترتب آثار و حیثیت شرعی بر عمل

خاصی که در قانون ممنوع اعلام شده است، در صورت عدم اثبات حرمت شرعی مستقل،<sup>۱</sup> ر.ک: گلیایگانی، ۱۴۰۱ق، ج ۱: صص ۴۱ و ۶۲؛ حائری، ۱۴۱۵ق: صص ۲۱۲ و ۷۹۳.

## جمع‌بندی و نتیجه‌گیری

مهم‌ترین ضعف‌های اندیشه و روش کولسن در تناقض‌انگاری میان آرمان‌گرایی فقه و واقع‌نگری فقیهان را در موارد زیر می‌توان جمع‌بندی کرد:

- مراجعه‌نکردن به منابع فقه شیعه و توجه انحصاری به اندکی از منابع فقه اهل سنت، برای شناخت نظریات فقه اسلامی؛

- برداشت‌های ناصحیح از منابع فقه اهل سنت؛

- خلط میان تفکر انتزاعی فقهی با آرمان‌گرایی عملی؛

- خلط میان نظام فقهی و انتظام احکام شرعی در کتاب‌های فقهی و نظام‌های حقوقی؛  
- بی‌توجهی به تفاوت میان فقه اسلامی و مقام استنباط از یک سو، و حقوق و مقام قانون‌گذاری از سوی دیگر؛

- بی‌توجهی به جایگاه علم قاضی در نظریات فقهی؛

- بی‌توجهی به جایگاه شرعی اختیارات حکومت اسلامی در فقه اسلامی؛

- خلط میان تغییر حکم شرعی و محدود کردن ضمانت اجرای حکومتی حکم شرعی.

پژوهشگاه علوم انسانی و مطالعات فرهنگی  
پرتال جامع علوم انسانی

۱. مقام معظم رهبری خرید و فروش مواد مخدر را هرچند که از لحاظ قانونی ممنوع شده است شرعاً باطل نمی‌دانند. ایشان درباره خرید و فروش حشیش و افیون می‌فرمایند: «لو كان للمبیع منفعة محللة مقصودة كان البيع صحيحاً و الثمن حلالاً». البته، ایشان صرف مخالفت با نظام اسلامی را یکی از عناوین مستقل محرمات شرعی می‌دانند. این امر نیز دلالتی بر تحریم عمل خاصی که در قانون ممنوع شده ندارد (ر.ک: امام خمینی و ۱۲ تن از مراجع تقلید، ۱۳۸۵، ج ۲: ص ۸۱۲). افزون بر این، مباحث زیادی درباره ارشادی یا تأسیسی بودن حکم شرعی و جوب پیروی از حاکم و نظام اسلامی و حرمت مخالفت با آن به صورت کلی مطرح شده است (درباره مباحث مفصل راجع به این مسئله، ر.ک: حسینی، ۱۳۸۹).



## كتابتنا

١. ابن ادريس (محمد بن منصور حلي) (١٤١٠ق)، السرائر، ج٢، ١، قم: مؤسسة النشر الإسلامي التابعة لجماعة المدرسين بقم.
٢. ابن براج (عبدالعزیز بن البراج الطرابلسی) (١٤٠٦ق)، المهذب، تحقيق: مؤسسة سيد الشهداء (عليه السلام) العالمية، قم: مؤسسة النشر الإسلامي التابعة لجماعة المدرسين بقم.
٣. ابن عابدين (محمد امين بن عمر) (١٤١٥ق)، حاشية رد المحتار، بيروت: دارالفكر للطباعة والنشر.
٤. ابن فهد حلي (جمال الدين احمد) (١٤٠٧ق)، المهذب البارع، تحقيق: حاج آقا مجتبی عراقی، ج٤، ١، قم: مؤسسة النشر الإسلامي التابعة لجماعة المدرسين بقم.
٥. \_\_\_\_\_ (١٤١٠ق)، المقتصر من شرح المختصر، تحقيق: سيد مهدي رجائي، ج١، قم: مجمع البحوث الإسلامية.
٦. ابن نجيم مصري (شيخ زين الدين) (١٤١٨ق)، البحر الرائق شرح كنز الوقائق، ج١، بيروت: دارالكتب العلمية.
٧. احسائي، ابن أبي جمهور (١٤٠٣ق)، عوالي اللئالی، تحقيق: حاج آقا مجتبی عراقی، ج١، قم: مؤسسة سيد الشهداء (عليه السلام).
٨. اردبیلی، احمد (١٤١٦ق)، مجمع الفائدة و البرهان، تحقيق: حاج آقا مجتبی عراقی، ج١٣، ١، قم: منشورات جماعة المدرسين.
٩. اشعری، علی بن اسماعیل (بی تا)، مقالات الإسلامیین واختلاف المصلین، بیروت: دار النشر.
١٠. انصاری، محمد علی (١٣٨٩)، الموسوعة الفقهية الميسرة، ج١، قم: مجمع الفكر الإسلامي.
١١. انصاری، مرتضى (١٤١٥ق)، القضاء و الشهادات، تحقيق: لجنة تحقيق تراث الشيخ الأعظم، قم: المؤتمر العالمي بمناسبة الذكرى المكتوبة الثانية لميلاد الشيخ الأنصاري.
١٢. آشتيانی، محمد حسن (١٤٠٤ق)، كتاب القضاء، ج٢، قم: منشورات دارالهجرة.
١٣. بدران، ابوالعينين (١٤٣٥ق)، تاريخ الفقه الإسلامي، بيروت: دارالنهضة.
١٤. بنی هاشمی خمینی، سيد محمد حسن (١٣٨٦)، توضیح المسائل مراجع، ج١٥، قم: دفتر انتشارات اسلامي.
١٥. جناتی، محمد ابراهيم (١٣٨٩)، تاريخ تحولات و كيفيت بيان فقه، قم: انصاريان.



۱۶. حائری، سید کاظم (۱۴۱۵ق)، القضاء فی الفقه الإسلامی، ج ۱، قم: مجمع الفکر الإسلامی.
۱۷. حر عاملی، محمد بن حسن (۱۴۱۴ق)، وسائل الشیعة، تحقیق: مؤسسة آل البيت علیه السلام لإحياء التراث، ج ۲، قم: مؤسسة آل البيت علیه السلام.
۱۸. حسینی، سید صادق (۱۳۸۹)، رابطه جرم و گناه، قم: پژوهشگاه علوم و فرهنگ اسلامی.
۱۹. خامنه‌ای، سید علی (۱۴۱۵ق)، أجوبة الاستفتائات، ج ۱، الكويت: دار البناء للنشر و التوزيع.
۲۰. خمیس (محمد بن عبدالرحمن) (۱۴۰۴ق)، الفقه الأكبر، ج ۱، چ ۱، بیروت: دارالکتب العلمیة.
۲۱. \_\_\_\_\_ (۱۴۱۹ق)، الفقه الأيسر، ج ۱، الإمارات العربية: مكتبة الفرقان.
۲۲. خمینی (امام)، روح الله (۱۳۸۱)، استفتائات، ج ۳، چ ۱، قم: انتشارات اسلامی.
۲۳. \_\_\_\_\_ (۱۳۹۰ق)، تحرير الوسيلة، ج ۱، چ ۲، نجف الأشرف: دارالکتب العلمیة.
۲۴. خمینی (امام)، روح الله و ۱۲ تن از مراجع تقلید (۱۳۸۵)، توضیح المسائل مراجع، تدوین: سید محمد حسن بنی هاشمی خمینی، ج ۲، قم: انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.
۲۵. خمینی، سید مصطفی (۱۳۷۶)، مستند تحرير الوسيلة، ج ۱، چ ۱، قم: مؤسسة تنظيم و نشر الآثار الإمام خمینی عليه السلام.
۲۶. \_\_\_\_\_ (۱۴۱۸ق)، ثلاث رسائل (ولايت الفقيه)، ج ۱، قم: مؤسسة تنظيم و نشر الآثار الإمام خمینی عليه السلام (تحقيق و نشر).
۲۷. خوانساری، احمد (۱۴۰۵ق)، جامع المدارك، به تعلیقي علی اکبر غفاری، ج ۴ و ۶ و ۷، چ ۲، تهران: مكتبة الصدوق.
۲۸. خوئی، سید ابوالقاسم (۱۴۱۰ق)، كتاب الاجتهاد و التقليد، تحقیق: میرزا علی غروی تبریزی، قم: دار أنصاریان للطباعة و النشر.
۲۹. \_\_\_\_\_ (۱۴۱۵ق)، كتاب الاجتهاد و التقليد، قم: تبيان.
۳۰. روحانی، سید محمد صادق (۱۳۸۴)، المسائل المستحدثة، ج ۱، قم: مؤسسة دارالكتاب.
۳۱. \_\_\_\_\_ (۱۴۱۲ق)، فقه الصادق علیه السلام، ج ۳، قم: مؤسسة دارالكتاب.
۳۲. زیلعی، جمال الدین (۱۴۱۵ق)، نصب الرایة، تحقیق: أيمن صالح شعبان، چ ۱، قاهره: دارالحديث.







۳۳. سید مرتضی (علم الهدی علی بن حسین) (۱۴۰۵ق)، رسائل الشریف المرتضی، اعداد سیدمهدی رجائی، ج ۲، قم: دارالقرآن الکریم.
۳۴. \_\_\_\_\_ (۱۴۱۵ق)، الانتصار، تحقیق: مؤسسة النشر الإسلامی التابعة لجماعة المدرسين بقم، قم: مؤسسة النشر الإسلامی.
۳۵. شربینی، محمد بن احمد (۱۳۷۷ق)، مغنی المحتاج، ج ۴، بیروت: دار إحياء التراث العربی.
۳۶. شرف الدین، عبدالعظیم (۱۹۹۵م)، تاریخ التشریح الإسلامی، بنغازی: جامعة قان یونس.
۳۷. شوکانی، محمد بن علی (۱۹۷۳م)، نیل الأوطار، ج ۶ و ۷، بیروت: دارالجیل.
۳۸. شهید ثانی (زین الدین بن علی عاملی) (۱۳۹۸ق)، الروضة البهیة فی شرح اللمعة الدمشقیة، تحقیق سید محمد کلانتر، ج ۱۰، چ ۲، قم: انتشارات داوری.
۳۹. \_\_\_\_\_ (۱۴۱۳ق)، مسالک الأفهام، ج ۸ و ۱۰، چ ۱، قم: مؤسسة المعارف الإسلامیة (تحقیق و نشر).
۴۰. شیخ طوسی (ابوجعفر محمد بن حسن) (۱۳۸۷ق)، المبسوط، تصحیح: سیدمحمدتقی کشفی، ج ۷ و ۸، تهران: المكتبة المرتضویة لإحياء آثار الجعفریة.
۴۱. \_\_\_\_\_ (۱۴۰۷ق)، الخلاف، تحقیق: مؤسسة النشر الإسلامی التابعة لجماعة المدرسين بقم، ج ۳ و ۵ و ۶، قم: مؤسسة النشر الإسلامی.
۴۲. \_\_\_\_\_ (بی تا)، النهایة فی مجرد الفقه و الفتاوی، قم: قدس محمدی.
۴۳. شیخ مفید (محمد بن محمد بن نعمان) (۱۴۱۰ق)، المقنعة، چ ۲، قم: انتشارات جامعه مدرسين حوزه علمیه قم.
۴۴. \_\_\_\_\_ (۱۴۱۴ق)، الإرشاد، تحقیق: مؤسسة آل البيت عليه السلام، چ ۲، بیروت: دار المفید للطباعة و النشر.
۴۵. صاحب جواهر (محمدحسن نجفی) (۱۳۶۵)، جواهر الکلام، تحقیق: عباس قوچانی، ج ۳۱ و ۴۱، چ ۲، تهران: دارالکتب الإسلامیة.
۴۶. طباطبایی حکیم، سیدمحسن (۱۳۹۱ق)، مستمسک العروة الوثقی، ج ۱۴، چ ۴، النجف الأشرف: منشورات مكتبة آية الله العظمى المرعشي النجفي عليه السلام.
۴۷. طباطبایی یزدی، سیدمحمد کاظم (۱۳۸۶)، تکملة العروة الوثقی، ج ۲، چ ۱، قم: مكتبة الداوری.

۴۸. علامه حلی (حسن بن یوسف) (۱۴۱۳ق)، قواعد الأحكام، ج ۳، چ ۱، قم: انتشارات جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.
۴۹. فاضل آبی (عزالدین حسن یوسفی) (۱۴۰۸ق)، کشف الرموز، تحقیق: شیخ علی پناه اشتهازدی، ج ۲، قم: مؤسسه النشر الإسلامی التابعة لجماعة المدرسين بقم.
۵۰. فاضل هندی (شیخ بهاءالدین اصفهانی) (۱۴۱۶ق)، کشف اللثام، ج ۲، چ ۱، قم: مؤسسه النشر الإسلامی.
۵۱. فخرالمحققین (محمد بن حسن بن یوسف) (۱۳۸۷ق)، ایضاح الفوائد، تحقیق: سید حسین موسوی کرمانی، ج ۴، چ ۱، قم: نشر سید محمود شاهرودی.
۵۲. کلینی، محمد بن یعقوب (۱۳۶۷)، فروع الکافی، به تصحیح علی اکبر غفاری، ج ۷، چ ۳، تهران: دارالکتب الإسلامیة.
۵۳. کولسن، نوئل. جی. (۱۹۵۶)، «آرمان گرایي و واقع نگری»، در: مجموعه مقالات تضاد و تعارض در فقه اسلامی، ترجمه: اسماعیل نعمت‌اللهی و محمد امامی پور، قم: پژوهشگاه علوم و فرهنگ اسلامی، پژوهشکده فقه و حقوق.
۵۴. کمالی اردکانی، علی اکبر (۱۳۸۶)، بررسی و نقد مبانی سکولاریزم، چ ۱، تهران: انتشارات دانشگاه امام صادق (ع).
۵۵. گلیایگانی، سید محمدرضا (۱۴۰۱ق)، کتاب القضاء، به قلم سیدعلی حسینی میلانی، ج ۱، قم: دارالقرآن الکریم.
۵۶. \_\_\_\_\_ (۱۴۱۲ق)، الدر المنضود فی أحكام الحدود، ج ۱، چ ۱، قم: دارالقرآن الکریم.
۵۷. محقق حلی (نجم‌الدین جعفر بن حسن) (۱۴۰۹ق)، شرائع الإسلام، به تعلیق سیدصادق شیرازی، ج ۴، چ ۲، قم: استقلال.
۵۸. \_\_\_\_\_ (۱۴۱۰ق)، المختصر النافع، چ ۲ و ۳، تهران: الدراسات الإسلامیة فی مؤسسه البعثة.
۵۹. محمصانی، صبحی (بی تا)، فلسفه قانونگذاری در اسلام، تهران: امیرکبیر.
۶۰. معاونت آموزش قوه قضائیه (۱۳۸۵)، نرم افزار گنجینه استفتانات قضائی.
۶۱. ملاخسرو، محمد (۲۰۱۰م/۱۴۳۲ق)، درر الأحكام فی شرح غرر الأحكام، ج ۸، قاهره: دار إحياء الكتب العربية.
۶۲. مناع القطان (۱۴۲۲ق)، تاریخ التشريع الإسلامی، قاهره: مكتبة وهبة.



٦٣. نراقى، احمد (١٤١٥ق)، مستند الشيعة، تحقيق: مؤسسة آل البيت عليه السلام لإحياء التراث مشهد، ج ١٤ و ١٧، ج ١، قم: مؤسسة آل البيت عليه السلام لإحياء التراث.
٦٤. نووى، محيى الدين بن شرف (بى تا «الف»)، روضة الطالبين، تحقيق: على محمد معوض، ج ٧، بيروت: دارالكتب العلمية.
٦٥. ——— (بى تا «ب»)، المجموع، ج ١٢، بيروت: دارالفكر.

